IV.

Wird ein zwischen Ehegatten gemachtes Schenkungs-Versprechen durch den Tod des Schenkers gültig?

Von Wächter.

Der Grundsatz der Ungültigkeit einer Schenkung zwischen Ehegatten wurde bekanntlich durch einen unter Septimius Severus und Antoninus Caracalla (im Anfange des dritten Jahrhunderts v. Chr.) gegebenen Senatsbeschluß dahin modificirt, daß die Schenkung gültig werden solle, wenn der Schenker, ohne sie widerrufen zu haben, in der Ehe — also vor oder zugleich mit dem Beschenkten — sterbe.

Convalescirt nun auf diese Weise auch ein bloßer, noch nicht erfüllter, Schenkungs-Vertrag, so daß der Beschenkte die Erben des Schenkers auf Erfüllung des Schenkungs-Versprechens belangen kann?

Diese Frage ist unter den Practikern und Theoretikern schon vielfach besprochen worden, und blieb bis in den neuesten Zeiten eine bestrittene. Die überwiegendsten Gründe sprechen wohl für die Verneinung derselben, und wirklich neigt sich auch in der neueren Zeit die Mehrzahl der Schriftsteller zu dieser Ansicht hin [1]).

---

1) U. A. z. B. Günther princ. jur. Rom. §. 419. not. m Mühlenbruch doctr. pand. ed. 3. §. 544. Thibaut Pandecten §. 435. der vierten und der neuesten siebenten Ausg. (der entgegengesetzten Ansicht war Thibaut in der 5. u. 6. Ausg. und in seinen civilist. Abhandlungen S. 105 f.). v. Wening-Ingenheim in den Erlanger Jahrbb. der jurist. Lit. B. XIII. (1830). S. 5 f. (der entgegengesetzten Ansicht war Derselbe früher. s. z. B. dessen Lehrbuch des gem. Civ. R. 3te Ausg. §. 381. a. E.). Zimmern Gesch. des Röm. Rechts B. I. S. 602. 603. Seuffert Lehrb. des Pandectenr. B. III. §. 467.

Indessen scheint mir doch diese Ansicht bis jetzt noch keineswegs vollständig und gegen jeden Einwand der Gegner gerechtfertigt und auf eine jeden Zweifel entfernende Weise begründet worden zu seyn. Es dürfte daher nicht ohne Interesse seyn, die Frage noch einmal einer Prüfung zu unterwerfen, und es zu versuchen, die Verneinung derselben gegen jeden Einwand festzustellen, um so mehr, als eines der in der neueren Zeit aufgefundenen Hülfsmittel für Kenntniß des älteren Römischen Rechts zu Erledigung der Frage einen wesentlichen Beitrag zu liefern scheint (unten §. III.), welcher, so viel mir bekannt ist, für dieselbe bis jetzt noch nicht benützt wurde.

I.

Die aufgeworfene Frage ist in doppelter Beziehung bestritten.

Manche behaupten, die Frage sey schon nach dem älteren, durch jenen Senatsbeschluß begründeten Rechte, dem Digestenrechte zu bejahen.

Indessen sind diese schon von Andern [2]) vollständig widerlegt worden. Die oratio principis, durch welcher jener Senatsbeschluß bewirkt wurde, spricht blos davon, daß der Erbe des Schenkers dem Beschenkten das Geschenkte nicht mehr entreißen dürfe [3]), spricht somit blos von schon vollzoge-

2) Besonders von Bartolus ad l. 23. Dig. de donat. int. vir. et uxor.; Bachov notae et animadversiones ad disputat. Treutleri. Vol. II. disp. 19. thes. IV. in fin. Vinnius select. quaest. Lib. II. cap. 15. (wie übrigens Vinnius in seinem Institutionen-Commentar die Hauptsache aus Bachov's Commentar ausschrieb, ohne ihn zu nennen, so scheint er es auch hier in seinen quaestiones zu machen. Seine Gründe sind beinahe ganz die Bachov'schen, und eine Hauptperiode ist wörtlich aus Bachov; er citirt ihn aber nirgends, während er viele Andere anführt!) und unter den Neueren besonders von Glück Erläut. der Pand. B. XXVI. S. 105—122. Vergl. auch die daselbst S. 107. Not. 66. Angef.

3) D. XXIV. 1. (de donat. int. vir. et ux.) l. 32. §. 2. Bachov l. c. Mühlenbruch doctrina pandectar. 3. ed. §. 544. not. 4.

nenen Schenkungen, und dieses Letztere sagt auch noch ganz klar und ausdrücklich D. XXIV. 1. (de donat. int. vir. et uxor.) l. 23., indem hier Ulpian bemerkt:

»Papinianus *recte* putabat, orationem D. Severi ad *rerum donationem* pertinere: denique si stipulanti spopondisset uxori suae, *non putabat conveniri posse heredem mariti*, licet durante voluntate maritus decesserit.«

Zwar führt man dagegen hauptsächlich an C. V. 15. (de dote cauta) cst. 2. (von Alexander Severus) und D. l. c. l. 33. pr. Allein die cst. 2. spricht von einer wirklich vollzogenen Schenkung, wie dieß schon Bartolus und Bachov andeuteten, und Vinnius (Not. 2) weiter ausführte. Was aber die l. 33. cit. betrifft, so scheint sie allerdings für ein versprochenes Jahrgeld das Gegentheil zu bestimmen. Allein wenn sie auch hierin von der, in l. 23. ausgesprochenen Regel abweichen sollte [4]: so könnte sie bei dem so klaren und bestimmt ausgesprochenen Inhalte der l. 23. doch blos eine specielle Ausnahme vonder Regel der l. 23. (für ein, der Frau ausgesetztes, Jahrgeld) enthalten.

Diese Ansicht in Beziehung auf das ältere Recht wird nun auch noch durch die Fragmenta Vaticana unterstützt [5], und

---

4) Viele wollen behaupten, daß sie gar nicht entgegenstehe, und nicht einmal eine Ausnahme enthalte, indem sie annehmen, die Stelle lasse die Schenkung blos in so weit gültig werden, als das Jahrgeld schon bezahlt worden sey. Hiefür führen sie an, daß wenigstens manche ältere Ausgaben (gegen die Florentina und andere MSS.) statt: *stipulationem* confirmari lesen *donationem* confirmari. Allein diese Auslegung und Leseart möchte sich mit den zwei ersten Linien der Stelle schwer vereinigen lassen, indem dadurch zu diesen Linien (id ex *stipulatu* petere *constante* matrimonio, non potest) der Gegensatz ganz verloren ginge. Eher ginge noch die Auslegung, welche Bachov aus Connanus anführt, und Vinnius l. c. (p. 365. ed. Lugd. Bat. 1660) ausführt.

5) Frag. Vat. §. 276. verb. eique tradidit und *hujusmodi* donationes, §. 294. gegen das Ende. Thibaut Pandectenr. siebente Ausg. §. 435. Not. 4.

ebenso auch durch die unten näher zu berührende Nov. 162., indem aus ihr jedenfalls soviel hervorgehen dürfte, daß im älteren Rechte das Convalesciren der Schenkungen zwischen Ehegatten auf bloße Schenkungs-Versprechen nicht bezogen wurde [6].

II.

So ist nun zwar die Frage nach dem Vorjustinianischen und namentlich nach dem Digestenrechte bestimmt zu verneinen. Allein verhält es sich nicht anders nach dem Justinianischen und dem bei uns geltenden Rechte?

Viele ältere Interpreten des Römischen Rechts, namentlich die Glossatoren und die Schriftsteller der ersten Jahrhunderte nach der Glossatorenzeit, berühren diese Fragen nicht, indem sie Alles damit abgemacht ansehen, daß in den Pandecten die Frage verneint wird.

Andere führen blos als ratio dubitandi die Nov. 162. an, in welcher Justinian allerdings bestimmte, daß auch ein Schenkungs-Versprechen convalesciren sollte und der Beschenkte gegen die Erben des Schenkers auf Erfüllung klagen könne. Allein sie removiren diesen Zweifelsgrund durch die Bemerkung, daß die Nov. 162. als nicht glossirt, in den Gerichten nicht recipirt sey [7].

Dagegen wird die Frage von Manchen bejaht, und behauptet, daß allerdings nach Justinianischem Rechte und bei uns auch das bloße Schenkungs-Versprechen dadurch gültig und klagbar werde, daß der Schenker in der Ehe sterbe.

Es sind hauptsächlich zwei Gründe, welche hiefür angeführt werden.

Manche nämlich berufen sich blos auf die Nov. 162., in welcher ja die ganze Sache gesetzlich entschieden sey [8]. — Al-

6) Zimmern Geschichte des Röm. R. B. I. S. 603.

7) Bachov an dem in Not. 1 angef. Orte, und wörtlich nach ihm Vinnius a. a. O. Hofacker principia jur. R. T. 1. §. 473.

8) Lauterbach colleg. Pandectar. XXIV. 1. §. 14. Huber

lein wenn man sich auf diese Novelle so beruft, als ob dadurch die Frage für uns durch eine gesetzliche Entscheidung abgemacht sey, so fällt dieser Grund dadurch weg, daß, wie bemerkt wurde und Andere schon mit Recht einwendeten, diese Novelle gar nicht glossirt ist.

Andere dagegen — und dieß ist wohl der scheinbarste Grund der Gegner — berufen sich auf das Raisonnement Justinians in der Nov 162. und auf die Const. 35. C. de donat. Aus den Änderungen, welche Justinian durch diese const. 35. in den allgemeinen Grundsätzen über Schenkungen getroffen habe, folge nothwendig, daß nun die Frage zu bejahen sey, und dieß allein sage auch Justinian in der Nov. 162., und so müsse man auch bei uns die Frage bejahen, da diese Bejahung, wenn auch die Nov. 162. gar nicht existiren würde, als nothwendige Consequenz aus der gültigen const. 35. de donat. folge.

Diese Consequenz ergebe sich nämlich aus Folgendem: Nach dem Senatsschlusse unter Sept. Severus und Caracalla sollen nur solche Schenkungen zwischen Ehegatten durch des Schenkers Tod convalesciren können, welche *jure communi* gültig gewesen wären. Nach der Lex Cincia aber habe in der Regel eine Schenkung nicht durch ein bloßes Versprechen (selbst nicht einmal durch Stipulation) gültig errichtet werden können, sondern blos durch Tradition (in manchen Fällen nur durch Mancipation und Tradition). Diesem gemäß habe der Senatsschluß schon nach dem *jus commune* jener Zeit sich auf Schenkungs-Versprechen nicht beziehen können. Allein durch die const. 35. de donat. sey dieses Hinderniß ganz weggefallen. Hier erkläre Justinian, daß zur Gültigkeit der Schenkung eine Übergabe der geschenkten Sache nicht mehr erfordert werde, daß das Schenkungs-Ver-

---

praelect. ad Pand. XXIV. 1. §. 5. Cocceji jus civ. controv. XXIV. 1. qu. 2. Böhmer introduct. in jus Dig. XXIV. 1. §. 12.

sprechen (selbst wenn es nicht einmal in der Form der Stipulation, sondern der des bloßen Pactums gegeben worden) vollkommen gültig und klagbar seyn solle. Hiedurch sey nun der einzige Grund, aus welchem jenes SCt. und die l. 23. D. de donat. int. vir. unsere Frage verneinen, weggefallen, und da bloße Folgesätze fallen müssen, sobald ihr Fundament aufgehoben ist, so müsse man jetzt annehmen, daß in Folge der cst. 35. de donat. der beschenkte Gatte aus dem Versprechen des verstorbenen Schenkers gegen dessen Erben klagen könne [9].

Diese Consequenz dürfte allerdings unläugbar seyn, sobald jene Prämisse über das Fundament der l. 23. cit. und der oratio principum, durch welche jenes SCt. veranlaßt wurde, richtig wäre.

Zwar wurde gegen jene Argumentation eingewendet [10], daß ja nach der l. 23. cit. selbst ein Schenkungs-Vertrag zwischen Ehegatten dann nicht convalescire und klagbar werde, wenn er sogar in der Form einer Stipulation geschlossen worden, und daß somit Justinians Bestimmung über die Klagbarkeit des *pactum* donationis hier keinen Einfluß haben könne. — Allein dieser Einwand trifft die angeführte Argumentation der Gegner gar nicht. Diese geben zu, daß selbst

---

9) So besonders Glück Erläut. der Pand. B. XXVI. S. 110—112. und 215. 216. B. XXV. S. 433. Vergl. auch Schweppe Röm. Privatrecht; dritte Ausg. §. 700. Glück sagt a. a. O., die von ihm entwickelte Meinung habe den Beifall der meisten Rechtsgelehrten und führt zum Belege hiefür zehn Schriftsteller an. Allein er begeht hier doch wohl einen Mißbrauch im Citiren, der zwar bei ihm nicht so häufig, dagegen in unserer Zeit nicht selten ist. Denjenigen, der blos aus Gründen, die ich für gar nicht zureichend halte, das gleiche Resultat vertheidigt, welches mir aus ganz andern Gründen richtig scheint, kann ich nicht wohl als Auctorität für meine Meinung anführen. Dieß ist nun gerade in Beziehung auf Glück's Ansicht wenigstens bei der Hälfte seiner Auctoritäten der Fall.

10) So z. B. v. Wening-Ingenheim in den Erlanger Jahrbüchern der D. jur. Lit. B. XIII. (1830). S. 5.

Stipulationen zwischen Ehegatten nach dem Digestenrecht nicht klagbar wurden, und daß der mehr berührte Senatsschluß sich blos auf schon vollzogene Schenkungen beziehe; allein alles dieses — meinen sie — nur deshalb, weil damals zur Gültigkeit eines Geschenks jure communi die Vollziehung desselben nöthig gewesen sey. Da nun aber Justinian die Nothwendigkeit dieser Vollziehung allgemein aufgehoben habe: so müsse jetzt auch die bloße Stipulation, oder auch nach const. 35. de donat. das Pactum, in unsrem Falle klagbar seyn.

Ferner wird den Gegnern eingewendet, Justinian habe nach seiner Neuerung über Schenkungs-Eingehung (in der cst. 31. cit.) doch noch die speciellen Bestimmungen, nach welchen der beschenkte Gatte nicht solle klagen können, in die Pandecten aufgenommen, und man könne daher nicht annehmen, daß er die letztere Bestimmung durch die const. 35. habe aufheben wollen; vielmehr müsse man die Bestimmung der Pandecten als noch geltende Ausnahmen von der Regel des Codex behandeln [11].

Allein hier ist eigentlich auf eine versteckte Weise blos behauptet, was erst bewiesen werden sollte, und das Fundament der Argumentation der Gegner wird durch diese Behauptung nicht umgestoßen. Justinian konnte ja möglicherweise durch die cst. 35. wohl auch die früheren Grundsätze über Nichtreconvalescenz eines Schenkungs-Versprechens zwischen Ehegatten haben aufheben wollen, und dabei doch die l. 23. cit. in die Digesten aufnehmen als historische Notiz über das frühere Recht, wie er ja wirklich auch gerade bei den Schenkungen keineswegs alle Spuren des früheren, theils schon vor ihm, theils durch ihn aufgehobenen Rechts in den Pandecten tilgte. Ja, man muß dieses annehmen, sobald man, wie es bisher geschah, das Fundament der Argumentation der Gegner nicht geradezu angreift. Denn wenn die

---

11) z. B. v. Wening a. a. O.

Oratio Severi blos deshalb Schenkungs-Versprechen zwischen Ehegatten nicht convalesciren ließ, weil damals das bloße Schenkungs-Versprechen zwischen Ehegatten schon *jure communi* ganz ungültig und unverbindlich war, und zur Wirksamkeit jeder Schenkung in der Regel traditio ꝛc. erfordert wurde, und wenn blos auf diesen Grund sich die in der l. 23. D. h. t. ausgesprochene Ansicht Papinians und Ulpians stützte: so mußte nothwendig mit der Aufhebung dieses Grundes auch der Folgesatz, der Inhalt der l. 23. cit., fallen. Es könnte dann auch der Umstand, daß Justinian die l. 23. noch in die Pandecten aufnahm, nachdem er die const. 35. schon gegeben hatte, gar nichts beweisen. Denn die l. 23. cit. müßte dann nothwendig blos für eine historische Notiz genommen werden, gerade wie man manche Pandectenstellen über die Wirkungen der Adoption im n. S. nothwendig blos als historische Notizen zu nehmen hat, wiewohl sie Justinian in die Pandecten aufnahm, nachdem er schon seine const. 10. de adopt. erlassen hatte.

Man wird vielmehr, um die Gegner vollständig zu widerlegen, nachweisen müssen, daß die durch die lex Cincia (mittelbar oder unmittelbar) bei Schenkungen eingeführte traditio ꝛc. das Gatten-Verhältniß gar nicht berührte, daß somit die Bestimmung der Oratio Severi und die l. 23. cit. über Nichtvalesciren eines Schenkungs-Versprechens zwischen Gatten gar nicht auf dem Grunde beruhe, daß hier schon *jure communi* eine traditio zur Schenkung erforderlich gewesen wäre, daß also eine Aufhebung des Cincischen Rechts durchaus keinen Einfluß auf unsere Frage und auf die Disposition der l. 23. cit. haben konnte, diese Disposition also auch nach dem Coderechte und bei der Klagbarkeit der bloßen Schenkungs-Versprechen wohl bestehen kann, und noch jetzt bestehen muß.

III.

Dieser Beweis dürfte sich wohl durch Folgendes führen lassen:

1) Nach der lex Cincia (a. U. 550) waren Schenkungen, wenn sie ein gewisses Maaß überstiegen und nicht an gewisse, vom Gesetze ausgenommene Personen gemacht wurden, verboten oder wenigstens sehr erschwert. Der Schenker konnte — sey es in Folge einer ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes oder in Folge einer durch Doctrin und Praxis den Anordnungen des Gesetzes gegebenen weiteren Ausbildung — wenn er das Geschenk versprach, sich gegen die Klage des Beschenkten mit einer exceptio legis Cinciae schützen, sollte er auch das Versprechen in einer Form gegeben haben, welche nach allgemeinen Grundsätzen Klagbarkeit erzeugte, also in Stipulationsform. War aber das Geschenk vollständig vollzogen: so konnte er in der Regel das Gegebene nicht mehr zurückfordern, und so waren in der Regel traditio, nach Umständen Tradition und mancipatio oder cessio in jure, die Mittel, die Schenkung vollkommen wirksam und zu Recht beständig zu machen.

Außerdem konnte das Geschenk auch ohne eine erfolgte Vollziehung noch durch einen andern Umstand wirksam und gültig werden, dadurch nämlich, daß der Schenker bis an seinen Tod auf seinem Versprechen beharrte, daß er seinen Willen nicht änderte. Hier konnte, wenn er das Geschenk durch eine Stipulation zugesagt hatte, der Beschenkte gegen den Erben des Schenkers auf Erfüllung klagen, und die exceptio legis Cinciae durch die replica doli umstoßen [12].

2) Jene beschränkenden Bestimmungen des Cincischen Rechtes aber bezogen sich gar nicht auf das Gattenverhältniß. Die Ehegatten gehörten zu den personae exceptae, auf welche die lex Cincia keine Anwendung litt, welche somit (soweit das Gattenverhältniß nicht aus ande-

12) Fragm. Vat. §. 294. med. §. 312. §. 259. 266. u. §. 272 a. E. Vergl. auch Wenck in Haubold opusc. academ. T. I. Praef. p. XLV sq. Hasse im Rhein. Museum B. I. S. 204 f. Unterholzner ebendas. B. III. S. 165 f.

ren Gründen ein Hinderniß machte), ohne alle besondere beschränkende Form ganz gültig einander Schenkungen machen konnten. Versprach daher der Mann in einer, nach allgemeinen Grundsätzen klagbaren Form seiner Frau ein Geschenk: so war das Geschenk jure communi, d. h. nach dem Rechte der *lex Cincia* an sich ganz gültig und klagbar; es war eine donatio perfecta, welcher die exceptio legis Cinciae nicht entgegenstand. Tradition rc. war zur Wirksamkeit des Geschenks hier gar nicht nöthig [13].

3) Ein anderes Hinderniß der Gültigkeit war aber hier in der Regel das bekannte Römische Gewohnheitsrecht,

13) Dieß ist nun durch die Fragmenta Vaticana außer allem Zweifel gesetzt. Fragm. Vat. §. 310. « Paulus lib. XXIII. ad edict. de brev. Perficitur donatio in *exceptis personis* sola mancipatione (d. h. ohne traditio) *vel promissione;* quoniam neque Cinciae legis exceptio obstat, neque in factum: si non donationis causa mancipavi, vel promisi me facturum; idque et D. Pius rescripsit.» §. 311. «*Sed* in persona *non* excepta sola mancipatio vel promissio non perficit donationem.» §. 302. Paulus lib. LXXI. ad edict. ad Cinciam. *Excipiuntur* et affinium personae, ut privignus . . . . . . *vir et uxor*, sponsus, sponsa. ferner Arg. Fragm. Vat. §. 263. Das oben Behauptete nehmen auch beinahe Alle, welche seit der Auffindung der Fragm. Vat. über die lex Cincia schrieben, an, vergl. namentlich Rudorff D. de lege Cincia. Berol. 1825. p. 18. 20. Schrader in der Tüb. crit. Zeitschr. für R. W. 1826. B. I. §. 1. S. 186. Franke civilist. Abhandlungen. Götting. 1826. S. 10. 16. 55. Hasse im Rhein. Museum B. I. 1827. S. 216. 221. 231. v. Buchholz in s. Ausg. der Fragm. Vat. Regim. Boruss. 1828. ad §§. 103. 310. 311. Unterholzner im Rhein. Mus. B. II. (1828). S. 444. Not. 10. S. 459. Not. 28. S. 461. Not. 32. — Zwar glaubte Wenck (in Haubold opusc. acad. Lips. 1825. T. 1. praef. p. XL), daß «vir et uxor» im §. 302 der Fragm. Vat. seye auf eine nach einer Ehescheidung gemachte Schenkung zu beziehen, weil während der Ehe die Gatten einander überall nichts gültig schenken können. Allein mit Recht bemerkt Schrader a. a. O., daß diese Ansicht schon durch den §. 303 der Fragm. Vat. widerlegt werde, s. auch Hasse a. a. O. S. 215.

welches wegen des Gattenverhältnisses Schenkungen zwischen Ehegatten, sollten sie stipulirt oder auch schon tradirt worden seyn, für völlig ungültig erklärte [14]).

Von diesem Gewohnheitsrechte gab es zwei Modificationen, Einmal gab es eine Reihe von Fällen, in denen theils durch Doctrin und Praxis, theils durch Constitutionen die Anwendung des Gewohnheitsrechts ganz ausgeschlossen war, und daher auch zwischen Gatten ganz gültig geschenkt werden konnte [15]). Tradition war hier zur Gültigkeit des Geschenks nicht erforderlich. Denn da hier das Gattenverhältniß der Zulässigkeit der Schenkung nicht entgegenstand (Not. 15), und da die Gatten zu den personae exceptae gehörten (Not. 13): so konnte in solchen Fällen der Gatte schon durch ein bloßes Schenkungs-Versprechen, wenn es nur in der zur Klagbarkeit eines Versprechens überhaupt nöthigen Form gegeben wurde, sich gültig und klagbar gegen den andern Gatten verpflichten.

Die zweite Modification jenes Gewohnheitsrechtes führte der oben angeführte, durch Severus und Caracalla veranlaßte Senatsschluß ein. Nach ihm bleibt die Schenkung ungültig, wenn der Beschenkte vor dem Schenker starb; sie convalescirt aber, wenn der Schenker in der Ehe — somit vor oder zugleich mit dem Beschenkten — ohne widerrufen zu haben, stirbt, und die Schenkung nicht schon aus andern allgemeinen Gründen, nicht schon jure communi, ungültig war. Dieses Convalesciren beschränkt nun aber der Senatsschluß auf Schenkungen, welche der Schenker selbst schon vollzogen und erfüllt hatte (oben §. II).

Worin liegt nun der Grund dieser Beschränkung?

Unmöglich kann er darin liegen, daß, wie die Gegner

14) D. XXIV. 1. (de donat. int. vir et ux.) l. 1. l. 3. pr.

15) Zu den wichtigsten gehören wohl die donationes divortii, und die donationes exilii causa. D. XXIV. 1. h. t. l. 11. §. 11. l. 12. l. 35. l. 60. §. 1. l. 13. §. 1. l. 43.

glauben, die bloße Schenkungs-Stipulation schon jure communi nach der lex Cincia ungültig war. Denn nach dem vorhin Bewiesenen war eine bloße Schenkungs-Stipulation zwischen Gatten aus allgemeinen Gründen (nach der lex Cincia) keineswegs ungültig, sondern an sich ganz verbindlich und klagbar, soferne nicht überhaupt das angeführte besondere Gewohnheitsrecht entgegenstand. Nun stand aber, wenn der Schenker in der Ehe starb, das Gewohnheitsrecht nicht mehr im Wege (wegen des Senatsschlusses); und so hätte nach der *lex Cincia* in einem solchen Falle auch die bloße Stipulation convalesciren und aus ihr müssen geklagt werden können. Auch konnte das jus commune hier um so weniger entgegen stehen, als nach dem Cincischen Rechte, selbst bei personis *non* exceptis eine Schenkungs-Stipulation durch den früheren Tod des Schenkers für dessen Erben so verbindlich wurde, daß der Beschenkte gegen sie auf Erfüllung klagen konnte [16]. Der Senatsschluß mußte daher bei

16) S. Note 11. Zwar glaubt Warnkönig in den Erlanger Jahrb. der jurist. Lit. B. XIII. S. 256 dieses Convalesciren bei personis *non* exceptis sey erst später, erst nach dem SCt. über Convalescenz der Schenkungen zwischen Ehegatten, und zwar durch kaiserliche Constitutionen (es werde eines Rescripts von Alexander gedacht) gerade nach Analogie jenes SCts eingeführt worden. — Allein das Verhältniß dürfte doch wohl das entgegengesetzte seyn. Das Rescript von Alexander Severus, auf welches Warnkönig sich beruft, beweis't hier nichts. Denn der Grundsatz des Convalescirens der Schenkung durch den Tod des Schenkers bei *non* exceptis galt, bestimmt schon vor Alexander Severus, da schon Papinian, welcher bekanntlich vor Alexander Severus starb, diesen Grundsatz als einen unbezweifelten anführt. Fragm. Vat. §. 294, auch §. 259. Bedenkt man hiebei, daß das SC. de donat. int. vir et uxor. in die letzten Lebensjahre Papinians fällt, und daß sich das analoge Anwenden eines neuen Rechtssatzes auf ganz andere Verhältnisse doch nicht so schnell auf eine feste Weise bildet: so sind schon dafür dadurch mehr Gründe, daß jener Grundsatz bei den non exceptis älter war, als das angeführte SCt. Hiefür, daß jener Grundsatz bei non exceptis ein weit älterer war, und

seiner Beschränkung der Convalescenz auf vollzogene Schenkungen ein ganz anderes Motiv haben, als das, daß das jus commune schon hier entgegenstehe. Ebenso konnten die römischen Juristen, wenn sie diese Beschränkung behaupteten, dieß nicht aus einer nach dem jus commune bestehenden Nothwendigkeit der Tradition, sondern blos aus der auf besondern Gründen beruhenden Disposition des Senatsschlusses herleiten, und so leitet auch wirklich Papinian in der l. 23. D. h. t. XXIV. 1. jene Beschränkung nicht aus dem jus commune, sondern blos aus dem Sinne und den Worten der Oratio Severi her („*Orationem* D. Severi ad *rerum donationem* — vollzogene Schenkungen — *pertinere*") [17].

---

nicht wohl der kaiserlichen Legislation, sondern der Doctrin und Praxis seine Entstehung verdankte, sprechen außer den §§. 294. u. 259. der Vat. auch noch andere Gründe. s. z. B. Wenck in Haubold opusc. T. I. praef. p. XLV—XLVII. Auch streitet gegen Warnkönigs Hypothese noch der Umstand, daß bei non exceptis sogar die Schenkungs-Stipulation, bei Ehegatten dagegen nach dem SCt. blos die vollzogene Schenkung convalescirt. Das Erstere konnte daher nicht entstehen durch analoge Anwendung des Letztern.

17) Die Gründe des SCts. konnten theils darin liegen, daß bei vollzogenen Schenkungen die Sicherheit gegen Betrug und Mißbrauch größer ist, theils darin, daß die Vollziehung erst recht die perseverantiam voluntatis beweis't. — Hiebei könnte aber die Frage entstehen, ob das SCt., indem es zum Zwecke der Convalescenz vollzogene Schenkungen fordert, sich nicht hiebei gerade an die L. Cincia angeschlossen habe, d. h. wie und weil die L. Cincia (oder die spätere Ausbildung derselben) zur Gültigkeit der Schenkungen zwischen personis non exceptis Tradition ꝛc. forderte, und so deshalb das SCt. zur Convalescenz der Schenkungen zwischen Gatten auch Tradition ꝛc. gefordert habe. Allein diese Frage würde wohl zu verneinen seyn, da die lex Cincia zur Gültigkeit der Schenkungen zwischen personis non exceptis (abgesehen vom Falle des früheren Todes des Schenkers Not. 16) vielfach mehr Requisite forderten, als das SCt. zur Convalescenz der Schenkungen zwischen Ehegatten. Wenn aber auch das SC. durch eine solche Analogie geleitet worden

Wäre dem nicht so: so ließe es sich nicht denken, wie die Römischen Juristen überhaupt dazu kommen konnten, über unsere Frage überall zu streiten (daß sie darüber stritten, geht aus der l. 23. cit. hervor und ist anerkannt). Denn wenn zu jeder Schenkung, auch zu der zwischen Gatten, schon jure communi, d. h. nach der lex Cincia, Tradition erforderlich gewesen wäre: so konnte gar kein Zweifel über die Frage entstehen, ob eine nicht tradirte Schenkung durch den Tod des schenkenden Gatten convalesciren könne. Aber gerade der Umstand konnte bei ihnen Zweifel machen, daß bei Ehegatten jure communi keine Tradition nöthig war, und daß selbst bei personis non exceptis eine Schenkungs-Stipulation durch den Tod des Schenkers jure communi convalescirte [18], und es kam somit, da das *jus commune* bei Schenkungs-Stipulationen hier nicht entgegenstand, nur darauf an, was dem Sinne und den Worten des Senatsschlusses gemäß war, und hier hielt sich der Eine mehr, der Andere minder strict an die Worte desselben (vergl. l. 32. §. 2. D. h. t.)

IV.

Auf diese Weise erhalten wir nun folgendes Resultat: Zur Gültigkeit der Schenkungen zwischen Gatten gehört (sofern nicht überall das angeführte Gewohnheitsrecht der Schenkung entgegensteht) schon nach Digestenrecht durchaus nicht Vollziehung des Geschenks; das in klagbarer Form gegebene Versprechen reicht hin. Ist aber das Geschenk nach dem Gewohnheitsrechte ungültig: so kann es durch den Tod des Schenkers dann nicht convalesciren, wenn es der Schenker nicht schon vollzogen hatte, weil das unter Severus

---

wäre: so würde dieß doch nichts gegen die obige Ausführung beweisen. Denn es bliebe auch dabei unzweifelhaft, daß die Beschränkung des SCts. auf blos vollzogene Schenkungen nicht ein nothwendiger Folgesatz des damals schon bestandenen jus commune war.

18) s. Not. 12. 16.

und Caracalla gegebene Senatsconsult das Beneficium der Convalescenz aus besondern, von dem jus commune und der lex Cincia ganz unabhängigen Gründen blos auf bereits vollzogene Schenkungen beschränken wollte.

Wenn nun Justinian in der const. 35. C. de donat. (VIII. 54) sagt: Zur Gültigkeit einer Schenkung überhaupt sey eine Tradition nicht nöthig [19]): so kann dieß auf unsere

19) Es wird gewöhnlich, und so auch von den Gegnern, angeführt, daß erst Justinian durch diese Constitution die nach dem Cincischen Rechte bestandene Nothwendigkeit der Tradition aufgehoben habe; s. auch Marezoll über die zur don. int. viv. nöthige Form; in v. Grolman's und Löhr's Magaz. B. IV. S. 182. S. 190 f. — Allein die Richtigkeit dieser Ansicht dürfte sich wohl bezweifeln lassen, indem schon im fünften Jahrhundert die Nothwendigkeit der Tradition abgekommen und durch andere Formen, Scriptur, Zeugen, Insinuation ꝛc. ersetzt worden zu seyn scheint. Jac. Gothofredus ad Theod. Cod. VIII. 12. const. 9. und Unterholzner im Rhein. Mus. B. III. S. 171. 172. So wäre daher schon vor Justinian das Cincische Recht ganz aufgehoben worden, und eine stipulirte Schenkung, wenn nur dabei die übrigen Formalitäten beobachtet worden, klagbar und die Tradition blos noch bei dem *pactum donationis* erforderlich gewesen, bei diesem aber blos wegen der allgemeinen Grundsätze über pacta, indem das unklagbare Pactum hier nur durch freiwillige Vollziehung Wirksamkeit erlangen konnte. Hiernach hätte dann Justinian in der const. 35. nichts anders geändert, als den letzteren Punkt, nämlich auch beim Pactum die Nothwendigkeit der Tradition aufgehoben, d. h. eben das Pactum hier klagbar gemacht. Diese Ansicht dürfte noch sehr unterstützt werden, a) durch die const. 35. de donat. selbst. Namentlich setzt Justinian in derselben (§. 5) das Hauptmoment seiner Neuerung darein, daß, wenn auch die Stipulation fehle, die Tradition doch nicht nöthig sey, sondern schon das Pactum klagbar seyn solle. b) Durch J. II. 7. (de donat.) §. 2. Hier erzählt Justinian den wesentlichen Inhalt der cst. 35. dahin: „Et ad exemplum *venditionis* nostra constitutio eas (donationes) etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut, etiamsi non tradantur, habeant plenissimum et perfectum robur et traditionis necessitas incumbat donatori.“ In diesen

Frage nicht den geringsten Einfluß haben. Denn dieß war ja ein Grundsatz, welcher bei den Ehegatten schon längst, auch zur Zeit des Cincischen Rechts galt, und doch war ungeachtet dessen bei den Gatten die Convalescirung des Schenkungs-Versprechens ausgeschlossen.

Wollte man aber auch sagen: nach Justinians angeführter const. 35. (und bei uns ohnehin wegen der allgemeinen Klagbarkeit der Pacta) sey nicht einmal eine Stipulation zur Gültigkeit und Klagbarkeit der Schenkungs-Verträge nöthig, sondern schon das pactum hinreichend: so würde vollends gar nicht einzusehen seyn, wie dieß auf unsere Frage Einfluß haben soll. Denn Justinian (und das deutsche Recht über pacta) sagt blos: ein in klagbarer Form gegebenes Schenkungs-Versprechen ist bindend und klagbar, und eine klagbare Form ist hier schon das bloße pactum. Schon nach dem Digestenrechte aber war auch ein in klagbarer Form gegebenes Schenkungs-Versprechen zwischen Gatten (so fern nicht das oben berührte Gewohnheitsrecht entgegenstand) bindend und klagbar (nur gehörte das pactum nicht zu den klagbaren Formen, sondern blos die Stipulation) und doch konnte es, sobald es unter die Fälle jenes Gewohnheitsrechtes fiel, durch

---

Worten liegt aber nicht, daß er erst eine Schenkungs-Stipulation klagbar gemacht und hier die Tradition als nöthige Form aufgehoben habe, sondern blos, daß er das *pactum* donationis klagbar gemacht habe, gerade wie auch die *venditio* durch bloße formlose Verabredung ohne alle Stipulation klagbar sey. c) Durch die **Nov. 162**. Theils sagt er hier, die lex Cincia sey längst aufgehoben (ὅν της οἰκειας νομοθεσιας ἀπεπεμψατο πρωην ἡ πολιτεια). So könnte er aber im Jahr 539 von seiner const. 35. (aus dem Jahre 530) nicht sprechen. Anderntheils gibt er auch hier den wesentlichen Inhalt der const. 35. blos dahin an, daß nach ihr aus dem *pactum* donationis auf Tradition geklagt werden könne, daß er beim bloßen *pactum* das eingeführt habe, was vor ihm nur bei der Stipulation galt: „ἡμεις δε ἀνεμνησθημεν διαταξεως ἡμετερας, λεγουσης, του δωρησαμενον, εἰ και μη επερωτηθη την παραδοσην, ἀναγκην ἐχειν παραδιδοναι το δωρηθεν."

den Tod des Versprechenden nicht convalesciren, und so muß es auch jetzt hiebei bleiben, da die Frage, durch welche Formen ein Versprechen klagbar wird, ob blos durch Stipulation oder auch durch ein pactum, hier völlig indifferent ist.

V.

Gegen die obige Ausführung könnte aber vielleicht noch folgender Einwurf gemacht werden wollen: Aus dem Umstande, daß die Ehegatten in Beziehung auf das Cincische Recht personae exceptae, und somit bei Schenkungen an die tradition nicht gebunden waren, lasse sich deshalb nichts folgern, weil jenes Recht der Ehegatten schon lange vor Justinian aufgehört habe. — Allerdings ist nicht zu bestreiten, daß Constantin auch bei den Personen, welche nach der L. Cincia exceptae waren, mit Ausnahme der Eltern und Kinder, zur Gültigkeit einer Schenkung traditio fordert [20]. Allein dieser Umstand beweis't doch nichts gegen die obige Argumentation. Denn es handelt sich bei unserer Frage zunächst blos davon, auf welche Gründe und auf welchen rechtlichen Zusammenhang die in den Digesten (l. 23. de don. int. vir.) enthaltene Bestimmung sich eigentlich stütze. Dieß können wir aber nur entweder nach dem Sinne der in den Digesten excerpirten Classiker, oder nach Justinians Sinne entscheiden. Nach dem Sinne jener Classiker nun, konnte sich jene Bestimmung nicht auf eine, auch zwischen Gatten *jure communi* nöthige traditio stützen, da zu ihrer Zeit die Ehegatten noch personae exceptae waren. Was aber den Sinn Justinians betrifft: so hat ja die durch die lex Cincia veranlaßte, und von Constantin auch auf die exceptas personas ausgedehnte Nothwendigkeit der Tradition schon vor Justinian wieder aufgehört (Not. 19), und so konnte auch nach

---

20) Theod. Cod. VIII. 12. (de donat.) const. 5. 7. Unterholzner im Rhein. Mus. B. III. S. 170. v. Buchholz Fragm. Vat. p. 201. Not.

Justinians Sinne — wenn man auch von seiner cst. 23. ganz absieht — die l. 23. cit. sich unmöglich auf den Grund stützen, daß bei stipulirten Schenkungen zu ihrer Gültigkeit *jure communi* Tradition nöthig sey.

Aber — möchte man vielleicht noch einwenden — Justinian selbst argumentire doch gerade in der Nov. 162. anders, denn hier gehe er davon aus, daß die Nichtconvalescenz blos stipulirter Schenkungen zwischen Ehegatten aus dem durch die lex Cincia eingeführten jus commune gefolgt sey, und nun, nach Aufhebung dieses Cincischen Rechts, die Convalescenz keinen Anstand habe. — Allein, wenn er so argumentiren würde: so würde er sich desselben historischen Irrthums schuldig machen, wie unsere Gegner, und hier kann uns sein Irrthum für das practische Resultat nicht binden, weil die Novelle nicht glossirt ist. Nur wenn sein Schluß an sich wirklich richtig gewesen wäre, dann müßte man auch sein Resultat und somit den Inhalt der Novelle, wie es die Gegner thun, bei uns befolgen, weil wir die nothwendigen Consequenzen aus der gültigen const. 35. cit. nicht von der Hand weisen dürften. — In der That aber argumentirt Justinian in der Nov. 162. nicht auf die Weise, wie die Gegner meinen. Er sagt in der Novelle nicht, daß aus der Aufhebung des Cincischen Rechtes die Convalescenz blos stipulirter Schenkungen nothwendig und von selbst folge, und ebenso wenig stellt er diese Convalescenz als eine nothwendige und sich von selbst verstehende Folge aus seiner cst. 35 de donat. hin. Er führt vielmehr diese beiden Momente blos als die Motive an, aus welchen er nun als Gesetzgeber bestimme, daß künftighin auch bloße Schenkungs-Versprechen zwischen Ehegatten durch des Schenkers Tod convalesciren sollen, eine legislative Bestimmung aber, welche bei uns, eben weil die Novelle nicht glossirt ist, keine Gültigkeit hat.